C 8 49 2a.

Varia opuscula magna ex parte juridica

Indice

1. [illegible] por el [illegible] D. Pedro [illegible]
2. [illegible] por D. Fran.co [illegible] de [illegible]
3. [illegible] los hijos y herederos del L.do D. Juan [illegible] Ribera.
4. [illegible] D. Juan [illegible]
5. [illegible] herederos del L.do D. Juan [illegible] Ribera.
6. [illegible] del Cabildo de Sevilla.
7. Otro del mismo.
8. [illegible] del Rey de la misma [illegible]
9. [illegible] los pleitos de la Yglesia de S.ta Maria de la Mesa con la de Santiago. de Utrera.
10. Manifiesto de la Parroquia de Santiago de Utrera.
11. Manifiesto del Dean y Cabildo de Sevilla contra las Dignidades de dicha Yglesia
12. [illegible]
13. [illegible] XI
14. [illegible] et [illegible] a Clemente XI
15. [illegible] Benedicti XIII
16. [illegible] en la ciudad de [illegible] en 1723.
17. [illegible] del Diputado [illegible] el Cabildo de Sevilla en el Sermon de [illegible] de la Ygl.a D.n Mariano de [illegible]
18. Papel [illegible] en el pleito de los Canonigos [illegible] de Sevilla con las dignidades de la misma Yglesia.

[stamp]

1.

✠

POR
EL CURADOR
AD LITEM
DEL CAPITAN
D. PEDRO AUGUSTIN
HUESTERLIN CALDERIN
Y CAZARES,
EN EL PLEYTO
CON
EL CORONEL
DON BALTHASAR
FELIX DE LLARENA
CALDERON Y VIñA,
COMO MARIDO DE
DOÑA ROSA DE MESSA
Y CAZARES,
VECINOS DE LA CIUDAD DE LAS PALMAS,
UNA DE LAS ISLAS DE CANARIA,
SOBRE
QUE SE CONFIRME LA SENTENCIA DE AQUELLA AUDIENCIA, EN QUE DECLARò AL MENOR POR POSSEEDOR DE LA MEJORA DE TERCIO, Y QUINTO, QUE HIZO
DOÑA MARGARITA
DE CAZARES Y CALDERIN,
AGREGANDOLA AL VINCULO, QUE FUNDò EL
LIC. DON MIGUEL
DE CAZARES Y CALDERIN,
PREBENDADO, QUE FUE EN LA Sta. IGLESIA DE DICHA CIUDAD DE CANARIA, DE QUE ES ACTUAL POSSEEDOR DICHO MENOR.

HISPALI: In Typographia de los RECIENTES in vico de Genova.

1. PARA LA MEJOR INTEligencia de este Pleyto, y que se escusen ocasiones de dudas, que puedan hacer obscura la justicia de D. Pedro Augustin Huesterlin y Cazares, se tiene por inescusable, por los muchos puntos, que se tocan por Don Balthasar Felix de Llarena, como marido de Doña Rosa Maria Tello y Cazares, assi en la instancia de Canaria, como en esta, hacer la mas clara, è individual relacion de el Hecho. Consistiendo este, en que el Licenciado Don Miguel Calderin y Cazares, Racionero, que fue en la Santa Iglesia de la Ciudad de Canaria, otorgò su Testamento en 4. de Abril del año passado de 1696. ante Andres Alvarez de Silva, Escribano Publico en ella, en que entre otras clausulas, y disposiciones, que hizo, fue la de fundar un Vinculo en la forma siguiente:

2. *Item mando, que las Casas Principales de mi habitacion, que huve de mis Padres, mencionadas en el Testamento, con todos los materiales de maderas, y canteria, alhajas del adorno de ellas, con los Ornamentos, y Adornos del Oratorio, y el Caliz, Ampolletas, Salvilla, y Campanilla sobredorado, todo ello lo goze el Capitan Don Estevan Calderin Cazares mi hermano, por los dias de su vida: y assimismo otras Ampolletas, y Salvilla de plata, que sirven de ordinario en dicho Oratorio. De todo lo qual ha de gozar, sin poder vender, ni enagenar cosa alguna; porque mi animo, y voluntad es, que dichas Casas, con todas las dichas alhajas, y adornos, y demàs materiales, que en ellas estàn, permanezcan vinculadas de unos Possedores en otros, y en la forma, que declararè aquì.*

3. *Y por falta del dicho mi hermano, à quien llamo por primero Successor de este Vinculo, succeda en èl, y en todo lo accessorio à dichas Casas, su hijo mayor, havido de legitimo Matrimonio, y su descendencia: y à falta de ellos el hijo segundo, y la suya: y en esta conformidad vayan succediendo de unos en otros, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon à la hembra. Y à falta del dicho Capitan Don Estevan Calderin y Cazares mi hermano, y su descendencia, llamo à la possession de este Vinculo à Don Juan Huesterlin y Calderin mi sobrino, hijo legitimo de el Licenciado D. Juan Huesterlin*

terlin Saavedra, y Doña Theodora Calderin mi hermana, y à su descendencia legitima, con la misma preferencia del mayor al menor, y el varon à la hembra. Y à falta del dicho Don Juan Huesterlin, y su descendencia, succeda en este Vinculo el Doctor Don Estevan Calderin Huesterlin, assimismo mi sobrino, hijo de los dichos Licenciado Don Juan Huesterlin, y Doña Theodora Calderin, y su descendencia legitima, con la misma preferencia, y forma, que en los demàs llamamientos. Y encargo à todos ellos, cada uno en su tiempo, procuren la fabrica de dichas Casas, pues le quedan materiales para ello, para que vayan en augmento, y las conserven con todas las dichas alhajas, y adorno, con que las dexo, sin disminuir, ni enagenar cosa alguna de ello, porque lo dexo todo sujeto à restitucion, y vinculado, para que se conserve el nombre, y apellido de mis Padres, y mio, usando siempre los Posseedores el apellido de Calderin y Cazares: que la fundacion de Vinculo, que se requiera, essa le hago por este mi Testamento, con todas las clausulas, y firmezas, que para su validacion, y perpetuidad convenga.

4. Prosigue despues, llamando, en falta de los referidos, à los hijos del Sargento Mayor Don Juan Tello Bootello, y Doña Beatriz Ventura, su prima hermana, excluyendo, los que estaban en España, por decir, haverse casado con desigualdad; y que, el que succediere en el Vinculo, casandose con persona desigual, lo pierda, y passe al siguiente en grado. Y que todos los Posseedores en su tiempo sacassen facultad, para conservar el Oratorio, y decir Missa en èl, sin que à ello puedan faltar, dexando al Posseedor el Patronato de la Capilla, y Altar de Nuestra Señora de Guadalupe, que tenia fundada en la Iglesia del Convento de San Augustin, como dexaba referido en dicho Testamento, procurandose siempre el asseo, y adorno de dicho Altar.

5. Hecha esta disposicion, passò à hacer otra por Codicilo, otorgado ante el mismo Escribano en 31. de Octubre del mismo año de 1696. en q̃, revocando la fundacion de cierta Capellania, que havia hecho en su Testamento, sobre una propriedad, que tenia en Telde, llamada la Hoya de la Palma, con una suerte de Agua, la añadiò à la fundacion de su Vinculo con los mismos llamamientos, que vàn referidos, los que repite en el Codicilo, hasta que llegando al de los hijos de Don Juan Tello Bootello,

tello, y Doña Beatriz Ventura, lo omitiò, diciendo, que despues de la descendencia del Doctor Don Estevan Huesterlin Calderin, y los antecedentemente llamados, succediesse el pariente mas cercano, con preferencia del mayor al menor, y varon à la hembra, prohibiendo la enagenacion, y que solo sean usufructuarios, sujetando los bienes à restitucion, vinculando el Patronato, y previniendo, que cada Posseedor haya de sacar facultad, para poder decir Missa en el Oratorio, segun, y como se contenia en la clausula de su Testamento, el que havia de quedar firme, y constante en este Codicilo, previniendo quedaba solo alterada su voluntad con la agregacion, que hacìa de la Hoya de la Palma, y suerte de Agua. Assi consta todo desde el fol. 1. al 3. B.

6. Haviendo muerto el dicho Capitan D. Estevan Calderin su hermano, primero llamado, y passado la possession deste Vinculo à D. Joseph Antonio Calderin y Cazares Presbytero, su hijo, y de Doña Margarita Rufina Tello y Calderin, llegando esta à testar en 14. de Abril del año passado de 732. por Testamento cerrado, que se abriò en 21. del mismo, hizo agregacion del tercio, y quinto de sus bienes al dicho Vinculo del Racionero su cuñado. Y respecto de que de esta disposicion se origina la mayor duda, que se ha querido poner en este Pleyto, se hace precisa la insercion à la letra de la clausula principal.

7. *Item, usando de la facultad, que el Derecho me concede, de poder mejorar à qualquiera de mis hijos, y aunque à ambos à dos lès tengo igual amor; no obstante, por motivos justos, que para ello me mueven, mejoro al dicho Don Joseph Antonio Calderin y Cazares Presbytero, mi hijo, en èl tercio, y remaniente del quinto de todos mis bienes, derechos, y acciones, que me puedan pertenecer, cuyo tercio, y remaniente de quinto en los bienes, que eligiere, desde luego los dexo avinculados, y agregados al Vinculo, que fundò el señor Don Miguel Calderin y Cazares mi cuñado, Prebendado, que fue en esta Santa Iglesia. Y por quanto no tengo presente la fundacion de el dicho Vinculo, por si tuviere algunas condiciones contrarias, aunque sè, que llama en primero lugar à los hijos, y descendientes de el dicho mi marido, no obstante, por escusar dudas, y litigios, quiero, que esta mejora de tercio, y quinto, que dexo vinculada, la goze por los dias de su vida dicho Don Joseph Calderin mi hijo; y fallecido,*

que

que sea, ò queriendo en vida renunciarlo, passe à la dicha Doña Isabel Calderin mi hija, y à sus hijos, y descendientes, prefiriendo el mayor al menor, y el varon à la hembra. Y si alguno de los llamamientos del citado Vinculo, que fundò dicho señor Don Miguel Calderin, fuere opuesto à este llamamiento, quiero, que en este caso se separe: porque mi voluntad es, que lo goze, despues de dicho mi hijo, la dicha Doña Isabel mi hija, y sus descendientes, en la conformidad referida, que assi es mi voluntad. Segun consta de la clausula de dicho Testamento, que està desde la B. del fol. 3. hasta la de el 4. de la Compulsa.

8. Por otra, que està al fol. 24. dispuso, que à su sobrina Doña Rosa Tello y Cazares, muger de Don Balthasar, se le dieran unos candeleros de plata, y â Doña Maria de Llarena y Cazares, hija de la dicha Doña Rosa, una cadena de oro de eslabones menudos, y cien ducados por una vez à cada uno de los otros cinco hijos, que tenia vivos la Doña Rosa, à los quales tambien dexò un aguamanil de plata pequeño.

9. Muerto el Don Joseph Antonio Calderin y Cazares Presbytero, y haviendo entrado à la succesion del Vinculo del Racionero, y agregacion de Doña Margarita, Doña Isabel Calderin su hija, tercera llamada, llegando esta à testar en 24. de Junio de 739. entre otras disposiciones, que hizo, fue una, que el residuo de todos sus bienes quedassen en forma de Patronato de Legos, à forma de Vinculo, prohibiendo la enagenacion, por ser para el lustre de su heredero, y successores, agregando el tercio, que su Madre havia agregado al Vinculo de su Tio, por no poderlo haver hecho en perjuicio de sus hijos; por lo que usando del suyo, no queria, que valiesse; antes si lo agregaba à dicho Patronato, encargando à sus herederos, y succesores no consintiessen lo contrario; sino que lo defendiessen en juycio, y fuera de èl, llamando en primer lugar à Don Nicolàs Davila su marido, por el tiempo de su vida, relevandole de fianzas, y que por su muerte se uniesse al Vinculo, que gozaba dicha Doña Rosa, à que desde luego lo agregò baxo de los mismos llamamientos, que tenia, y prohibiendo la enagenacion. Assi consta desde el fol. 37. de la Compulsa.

10. Muerta la Doña Isabel, saliò Don Balthasar en 6. de

de Junio de dicho año de 39. ante el Theniente de Corregidor de Canaria, y con presentacion de la fundacion, y agregacion de Doña Margarita, y la fee de muerte de Doña Isabel ultima Posseedora, de quien no havia quedado succession, pidiò la possession real, y actual, la que se le mandò dar de ciertos bienes, de que se compuso la mejora de tercio, y quinto, à que se opuso el Curador *ad litem* de Don Pedro, manifestando el derecho, que tenia, para haversele transferido la possession de esta agregacion, por ser hijo de Don Juan Huesterlin, llamado en la fundacion del Racionero, como hijo, que el dicho Don Juan havia sido de otro Don Juan Huesterlin, marido de Doña Theodora Calderin hermana del Fundador, presentando diferentes instrumentos, intentandose despues el caso de Corte: y con efecto declaradose, y mandadose notificar al dicho Don Nicolàs Davila, si tuviera, que pedir, lo hiciesse, y con efecto lo hizo, pretendiendo se le debia declarar por Posseedor en el usufructo de los bienes, sobre que dispuso Doña Isabel su muger: y substanciada esta pretension con los otros dos Opositores, y nombradose Administrador para los bienes de la Agregacion, persona, que corriesse con ellos, y ultimamente mandadose por la Audiencia pidiessen las Partes en Via Ordinaria, lo que les conviniesse, lo hicieron por su orden.

11. La pretension, y demanda, que puso el Don Balthasar fol. 134. de la Compulsa, consistiò, en que se declarasse tocarle à su muger el Vinculo de tercio, y quinto con los frutos, desde el dia de la vacante, cuya demanda al fol. 140. reformò, pidiendo se defiriesse à ella; ò que, quando lugar no huviesse, se proveyera, como pedia el Don Nicolàs Davila, que era, se declarassen por libres los bienes de la mejora del tercio, y quinto, de que pudo disponer la dicha Doña Isabel su muger, y recaìdo en el Patronato: y por consiguiente, que havia de ser usufructuario el dicho Don Nicolàs. Y aunque el Pleyto se recibiò à prueba, no se hizo alguna: y conclusos los Autos, y vistos, se declarò por la Audiencia de Canaria, tocar esta agregacion de tercio, y quinto al menor Don Pedro Huesterlin Cazares y Calderin, mandandosele entregar sus bienes con sus frutos, y rentas desde el dia de

la

la vacante,cuyo Auto està al fol.173.B.de la Compulsa.

12. De esta providencia se interpuso Apelacion, assi por Don Balthasar, como por Don Nicolàs Davila, quien no concurriò para el costo de la Compulsa, ni ha comparecido en esta instancia, la que solo se ha sufrido entre el Menor, y dicho Don Balthasar, insistiendo en la alternativa, y que se revoque la providencia de la Real Audiencia de Canaria, la que pide la Parte del Menor se confirme en todo, y por todo,que es el estado, que actualmente tiene el Pleyto.

13. Muchas, y dilatadas alegaciones se han executado por ambas Partes, assi en la primera instancia, como en esta, de que en su lugar, en el Discurso de los fundamentos de Derecho, se harà especial mencion, por lo que se omite hacerlo ahora, y con cuyo Hecho se procurarà fundar la justicia de Don Pedro Augustin, excluyendo los fundamentos expuestos por parte de Don Balthasar, evitando por este medio la prolixa expressión de el Hecho, y multiplicadas alegaciones, que se han hecho por el dicho Don Balthasar, lo que se executarà en las Reflexiones siguientes.

REFLEXION I.

SOBRE QUE DOñA MARGARITA quiso agregar.

14. ES indubitable, que assi como no se disputa es actual Posseedor el Menor del Vinculo, que fundò el Racionero, lo debe ser de la agregacion, que à èl hizo Doña Margarita Rufina Tello y Cazares, atendidas todas las clausulas, de que se ha hecho mencion, reducidas à hacer una mejora de tercio, y quinto de sus bienes, para que succediesse en ella su hijo D. Joseph Calderin y Cazares, y por su muerte, su hermana Doña Isabel Calderin, sus hijos, y descendientes, prefiriendo el mayor al menor, y el varon â la hembra, cuyo tercio, y quinto desde luego lo dexò avinculado, y AGREGADO AL VINCULO, QUE FUNDò SU CUñADO DON MIGUEL CALDERIN.

15.Con

15. Con tan clara diſpoſicion, conforme à la de Derecho, ſe tenia entendido, no ſe le ofreceria el menor reparo al dicho Don Balthaſar; pero han ſido tantos, los que ſe han opueſto, que parece no ha ſido otro ſu animo, que el de turbar la diſpoſicion de Doña Margarita, pues en el concepto, de que eſta es una verdadera agregacion al Mayorazgo de dicho Racionero, que debe gobernarſe por ſus miſmas reglas, ſiendo eſte el efecto de la agregacion, ſegun doctrinas comunes, ſeguidas por todos los AA. que hablaron de Mayorazgos, como ſon Roxas *de Incompatibil. 4. p. c. 3. n.* 10. D. Caſtill. *lib.* 3. *Controv. c.* 10. *n.* 12. *& ſeqq.* D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *c.* 8. *n.* 35. *& ibi Addentes,* con los quales, y con otros Manuel Alvarez Pegas *ad Ordinam. Portug. lib.* 1. *tit.* 50. *c.* 1. *tom.* 4. *num.* 9. lo que repite en el *tom.* 1. *de incluſione, & excluſione cap.* 3. difuſamente deſde el *num.* 45. por muchos ſiguientes, por lo que ſe eſcuſa mayor exornacion, no parece lo ha tenido eſte por ſuficiente, por lo que es preciſo explicar mas eſte punto.

16. No dexando de conocer, aunque tacitamente, la certeza de eſta regla general, ſe procura perſuadir, es dudoſa eſta clauſula, llevando por principio la variedad de eſpecies, que concurren en las fundaciones, ò agregaciones, q̃ue como dixo Pegas *de Incluſ.* 2. *tom. cap.* 11. *n.* 10. es impoſsible reducir à numero: esforzandolo aun mas, con que por la *Ley* 40. *de Toro,* concordante con la 5. *tit.* 7. *lib.* 6. *Recopil.* ſe ha de obſervar puntualmente lo diſpueſto por el Fundador, con las demàs reglas de Derecho notorias, de calidad, que ni aun en una ſylaba ſe puede entender, ni juzgar por diminuta, ò ſuperflua la diſpoſicion, ut cum multis D. Valenz. Velaſq. *conſ.* 113. *num.* 84. ſe propone por reparo, que qualquiera, que agregàre à Mayorazgo algunos bienes, no ha de ignorar las qualidades, ò llamamientos, con que fue fundado el principal Vinculo, y expreſſando la dicha Doña Margarita NO TENIA PRESENTE LA FUNDACION DE DON MIGUEL CALDERIN, mal ſe podia perſuadir debiera correr la agregacion baxo de las miſmas reglas de dicho Vinculo.

17. Entonces pudiera tener algun lugar eſta inſtancia, quando abſolutamente no huvieſſe tenido la Doña Margarita la menor noticia de la fundacion del Vinculo, que

havia hecho su cuñado el Racionero, ni tal puede, ni debe creerse, respecto de tener en su poder el instrumento de la fundacion, como expressamente se confiessa por Don Balthasar al fol. 81. de los Autos, por cuyo solo hecho està probada la ciencia, siendo lugar el mas copioso para este assunto el de Pareja *de Univers. instrum. edit. tit. 10. res. 2. à num. 22. ubi num. 23.* dice: *Quòd ille, apud quem deponitur testamentum, creditur omnia contenta scivisse, & perlegisse.* Y prosigue, exornando este discurso con las opiniones de Pedro Barbos. Menoch. D. Larrea *Alleg. 68. num. 10.* y el señor Castill. *de Tertiis, cap. 26. à num. 30.* con los que este cita.

18. Es la prueba, de que tuvo ciencia de la fundacion dicha Doña Margarita, la clausula num. 7. en que, dandose por entendida de haver tal fundacion, añadiò: *Que por quanto no tenia presente la fundacion; aunque si, que llamaba en primero lugar à sus hijos, y descendientes, por si tuviesse algunas condiciones contrarias, no obstante, por escusar dudas, y litigios,* quiso, *que la mejora la gozassen su hijo Don Joseph, y que muerto este, ò queriendo renunciar, passasse à su hija Doña Isabel, y à sus descendientes,* previniendo, *que si alguno de los llamamientos hechos por su cuñado, fuesse opuesto à este, queria en este caso, se separassen, porque su voluntad era lo gozassen sus dos hijos, y los descendientes de la dicha Doña Isabel.*

19. En este concepto, en el de la Doña Margarita no huvo mas que un escrupulo, de si eran, ò no llamados en primero lugar sus hijos por dicho Racionero, de calidad, que estandolo, corria la agregacion, como assi fue su expressa voluntad: de cuyo escrupulo saliò, pues haviendo muerto algunos años antes el Racionero, entrò sin dificultad su sobrino Don Joseph, como hijo primogenito de Don Estevan Calderin, primero llamado, como hermano del dicho Racionero: y de hecho, quando muriò la Doña Margarita, yà era tal Posseedor; que no lo fuera, à no estar llamado, como ni su hermana Doña Isabel Calderin.

20. Evacuada por medio tan evidente esta instancia, se hace otra, sobre que la Doña Margarita debiò haver hecho expressa mencion, y relacion del Testamento, y Codicilo de su cuñado, y que solo, lo que executò, fue una simple narrativa de aquella fundacion, sin mas conoci-

mien-

miento de ſus llamamientos, ni de que eran ſus hijos los primeros llamados.

21. No ſe ha encontrado en la diſpoſicion de Derecho ſemejante obligacion para la ſubſiſtencia de la agregacion; antes ſi, para que ſe entienda hecha la agregacion, es muy baſtante ſe uſe de la voz *Vinculamos*, y *Agregamos*, de que usò la Doña Margarita, y de las miſmas palabras uſa Pegas *de Majorat. cap.* 3. *num.* 78. ibi: *Et aggregatio dicitur facta per verba unimos, aggregamus, incorporamus, aut per adjunctionem, ſeu aggregationem ad antiquum majoratum*, citando al ſeñor Caſtillo *lib.* 3. *cap.* 10. *lib.* 5. *cap.* 128. *& cap.* 155. con Garcia *de Expenſ. cap.* 22. *num.* 6. y los AA. al ſeñor Molin. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 35. que *Quando Poſſeſſor majoratus propria bona antiquo majoratui addidit ſimpliciter, abſolutè, & nullas vocationes, ſeu conditiones adjecit; in hoc caſu perinde ſuccedendum eſt, ac ſi bona priori majoratui unita primi Fundatoris eſſent*, citando à otros muchos.

22. Y aunque algunos AA. quiſieron, debia paſſar â delante el Agregante, y â mas de las referidas palabras, que añadieſſe otra circunſtancia; tocando eſte punto el Sr. Caſtil. *d. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 9. *verſ. Secundò conſtituo*: Dice, es ſuficiente, *ſi ſcienter, ac cum qualitate mayoratus, ſive ut perpetuo mayoratus jure habeantur bona*, ſea la agregacion, ſiguiendo en eſto el Sr. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 3. ibi: *Non enim res addita, ſi poteſt à mayoratu ſeparari, eidem cedet; ſed poſſeſſoris hæredibus adjicienda erit; niſi expreſsè, ac ſcienter à majoratus poſſeſſore addita ſit cum eadem qualitate majoratus, & ut perpetuò ipſius majoratus efficiatur*; y Mieres *de Major. part.* 3. *quæſt.* 8. *num.* 17. tocando la miſma queſtion, añade; que *in beneficio curato, Præbendæ annexo, non eſt neceſſe facere mentionem; ſed ſufficit exprimere principali cui eſt annexum.* Lo miſmo, que practicò la Agregante con palabras baſtantemente expreſſas, ſegun queda expueſto.

23. Y aunque ſe quiſiera decir ſer preciſo hacer mencion de los llamamientos, y condiciones, ſaltèm virtualiter; ni aun eſto falta en eſte caſo; por que por la clauſula ſupone la Agregante huvo llamamientos, y quando no conſintiò en la agregacion, fuè en el preciſo caſo, de que ſus hijos no fueſſen llamados â la ſucceſsion en primero lugar, cuya excepcion, como que firma la regla aprobò

bò los otros llamamientos, que fuessen posteriores; y como quiera, que no llegò el caso prevenido por ella, dexò firme la agregacion; *ad quod sunt jura vulgaria in* D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 6. *vers. Similiter etiam non obstat*, & Mierez *de Major.* 1. *p. q.* 22. *à num.* 2. y el Barbos. *de clausulis, claus.* 178. y 182. con los que estos citan.

24. Proponese tambien otro dubio, que aunque no necessitaba de respuesta, sin embargo se procura dàr, por que no se eche menos; y consiste en alegarse, que esta no fuè agregacion, ni incorporacion; sino solo anexion. Y â la verdad no se alcanza, ni puede averiguar, qual sea la razon de diferencia; respecto de que entre los AA. son terminos Synonimos, agregar, incorporar, unir, y anexar. *Ut videre est apud Pegas ad ordinam.* 1. *tom.* 4. *lib.* 1. *tit.* 50. *cap.* 1. *à num.* 9. *& de inclus. d. cap.* 3. *à num.* 39. con los que se citan, y â cuyo fin se trahe â Roxas, al Sr. Molin. y otros.

25. Prætereà, siendo conforme â derecho, que los Mayorazgos, ô Vinculos, en que se inculyen los fideicommissos, puedan fundarse, y tener efecto, por presumpciones, y circunstancias practicadas antes por los Fundadores, de las quales se dedusga su voluntad, de lo que tratò copiosamente D. Castil. *lib.* 4. *controvers.* por todo el *cap.* 9. diciendo desde el *num.* 62. que *ex gestis prioribus præsumitur circa postèa gesta*, no solo dentro de la misma disposicion, sino aun fuera de ella; lo que volviò â repetir en breves clausulas *in eodem lib.* 4. *cap.* 55. *num.* 64. *circa finem*, con los fundamentos, conque exorna esta regla, que todos son aplicables â la disposicion de la Doña Margarita, para comprobar la voluntad, que tuvo de agregar el tercio, y quinto de sus bienes al Vinculo, que fundò su cuñado, para que no saliessen de la familia.

26. Esta voluntad precedente se deduce, de lo que queda tocado en el Hecho, y â que se añade, que tratandose de casar con el Capitan Don Estevan Calderin y Cazares hermano del Fundador, con el que estaba en segundo con tercero grado de Consanguinidad, declarò baxo de juramento, no haver sido violentada â casarse con su Primo, antes si, que le tenia conveniencia para poderse conservar en ambas Familias sus Patrimonios, y que no passassen â extraños; cuya declaracion està al fol. 76. de los Autos.

Con

Con lo que no puede negarse, que siendo esta una conjetura quasi evidente, en consequencia de esta voluntad hiciesse la agregacion de su tercio, y quinto al Vinculo de su cuñado, en cuya forma se conservaban estos bienes en las Familias.

REFLEXION II.

SOBRE QUE LA VINCULACION, Y AGREGACION fue perpetua.

27. HAciendole fuerza â D. Balthasar lo proximamente expuesto, especialmente en orden, â que hay tal agregacion, recurre, â que esta fue temporal, y lo quiere persuadir con que la restringiò al goze de sus dos hijos, y descendientes de uno de ellos, y que, haviendo faltado totalmente estos, faltò por consiguiente la causa, que moviò â Doña Margarita, para hacer la agregacion.

28. El persuadir la certeza de esta proposicion, es en lo que consiste la mayor dificultad; por que, atendida toda la disposicion de Doña Margarita, no se encuentra clausula, indicio, ni conjetura, de semejante agregacion temporal; en cuyo modo de disponer se conoce, que su animo fue hacer una agregacion al Vinculo de su cuñado con la misma perpetuidad, que este lo fundò, siendo el objecto, que llevò, que sus hijos lo gozassen junto con la agregacion, la que solo no quiso subsistiesse en el caso, que al Vinculo principal no fuessen llamados sus hijos, ô que este tuviesse algunos llamamientos opuestos â la voluntad de Doña Margarita; en cuyo caso no consentìa en la agregacion; y no haviendo succedido; pues el llamamiento de sus hijos por el Racionero no tiene qualidad, ni condicion, de rigorosa agnacion, ni otras clausulas, que les impidiesse el libre goze; quedò la disposicion tan llana para la agregacion, que no hay, por donde persuadirse, que esta fuesse temporal, y no perpetua.

29. Regla firmissima es, que quando se hace una agregacion, bien sea con la clausula, de que se guarden las mismas condiciones, con que fue instituìdo el princi-

pal Mayorazgo, ô bien ſimpliciter (como en eſte caſo) bien ſea por que el Agregante tenga obligacion de agregar, ô que no la tengâ, ſiempre ha de ſer tan perpetua como el Mayorazgo, â que ſe agrega; en que â mas de los Addentes al Sr. Mol. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 35. proximamente citados, es expreſſo en el Sr. Caſt. *lib.* 6. *controverſ. cap.* 128. *num.* 21. *verſ. Ex qua.* Mieres *de Major.* 2. *part. quæſt.* 5. *num.* 43. & 44. *cum aliis relatis à Pegas de Major. cap.* 3. en que tratò muy difuſſamente de agregaciones hechas de Mayorazgos ſignanter al *num.* 57. dexando dicho en los antecedentes, que ſi alguna Dignidad ſe agregaſſe por el Rey al Mayorazgo, ſigue perpetuamente â eſte.

30. Solo en un caſo pudiera limitarſe eſta regla, quando por no tener obligacion â agregar la Doña Margarita contra el llamamiento, que hizo de ſus hijos, y deſcendientes de uno de ellos, huviera havido alguna clauſula repugnante en la diſpoſicion del Racionero, en cuyo caſo ceſſaba la union, el que por no haver ſuccedido, como no ſe duda en el Pleyto, no tiene reparo la agregacion omnimoda del tercio, y quinto, ſin que ſea apreciable la afeccion, que ſe quiere inducir â favor de la muger de Don Balthaſar por los legados, que â ella, y à ſus hijos hizo la Doña Margarita, por donde parece fue viſto, que el animo de eſta fue corrieſſe la agregacion, durante la vida de ſus hijos, y deſcendientes, y que en contemplacion de aquella linea lucraſſen los frutos del Mayorazgo del Racionero.

31. Eſta preſumpcion ſe elide con dos conſideraciones: La primera; con que ſi tan preſente tuvo â la muger de Don Balthaſar, y â ſus hijos, para hacerles legados; del miſmo modo les podìa hacer el llamamiento de ſucceſſores en la mejora por falta de ſus deſcendientes, y por lo miſmo es viſto, que no quiſo: Y la ſegunda; que eſtando declarado ſu animo de conſervar ſus bienes en ambas familias, la ſuya, y la de ſu marido, *ut dictum eſt,* vino â cumplirlo por eſte medio; de todo lo qual ſe ſigue ſer ſin dificultad perpetua la agregacion.

32. Ni es modo de perſuadir lo contrario, que el Racionero puſieſſe la condicion de apellido, de que ſe quiere inferir no era dable, que Doña Margarita procuraſſe confundir ſu familia con apellidos extraños; pues como eſtà

alegado en el Pleyto, ſus aſcendientes tuvieron los miſmos apellidos de Calderin y Cazares, que previno el Racionero; y la Doña Margarita, yà ſe pone el de Tello y Calderin, yà el de Tello y Cazares: Siendo muy de tener preſente, que ſus hijos, como que eran los gravados en la legitima, y como tales los verdaderos Fundadores, uſaron unicamente de ambos apellidos de Calderin y Cazares; de que ſe infiere, que el motivo de no haver prevenido la Doña Margarita en ſu clauſula, ſe uſaſſe de apellido alguno por los Poſſeedores; fue, porque lo hallò diſpueſto por ſu cuñado el Racionero, pues qualquiera Fundador ſe preſume, quiere imponer à los Poſſeedores la obligacion, de que trahìgan ſu apellido: en tanto grado, que por eſta preſumpta mente, aun omitiendo eſta circunſtancia, ſe les debe obligar, â que la obſerven, *ut ad multa probat* D. Mol. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 46. con los que citan los Addentes, & D. Caſtil. *lib.* 5. *controverſ. cap.* 136. *num.* 6. *verſ. Tertio.* Y por lo miſmo, llegando Don Balthaſar, â hacerſe cargo de eſta reſpueſta, ſolo reduxo ſu alegacion, â confeſſar, que eſtos apellidos han ſido de los aſcendientes de Doña Margarita, ſin atreverſe â inſiſtir, en lo que antes havia alegado, conociendo el convencimiento.

33. Proſiguiendo en querer mantener, que la agregacion fue temporal, ſolicitò en ſu demanda ſuprà *num.* 11. hacerla coſa diſtinta de la vinculacion de tercio, y quinto, la que pretendiò ſer perpetua; ſin que haya fundamento, que perſuada eſte diſcurſo; porque ſi baxo de una miſma diſpocision, con el llamamiento de hijos, y deſcendientes de uno de ellos ſe hizo la agregacion, y eſta ſe quiere ſea temporal, viene por conſiguiente à inferirſe, que la vinculacion ſea igualmente temporal, y no perpetua, ſin que ſe demueſtre la razon de diſparidad de una â otra eſpecie, quando ambas nacen de una miſma diſpoſicion.

34. Es tan violento eſte modo de diſcurrir, que el miſmo Don Balthaſar conociò la repugnancia, porque ſi en dicha ſu demanda contemplò como perpetuo el Vinculo de tercio, y quinto, como independente de la agregacion, que quiſo fueſſe temporal, deſpues ſe corrigiò, como eſtà dicho, uſando de un diſyunto, diciendo: que, ô es

per-

perpetua, ô temporal la vinculacion; y en quanto se acerca, â que sea temporal, tanto mas resiste â lo perpetuo, que pretendiò fuesse en su demanda. Siendo el motivo de esto, que como hallò, que Doña Isabel Calderin hija de la Fundadora Agregante, contemplandose sin hijos, deshizo la Vinculacion, aunque por lo tocante al tercio, fundando el Patronato, de que se ha hecho mencion en el hecho, y que de valerse de esta disposicion, impugnaba el hecho de la susodicha, y se destruìa la perpetuidad del Vinculo de tercio, y quinto, no tuvo reparo en usar de dicha alternativa; siendo cierto, que tan perpetuo fue el Vinculo de la Doña Margarita, como la agregacion, que se hizo al Vinculo del Racionero, persuadiendolo asi todas las clausulas.

35. La repugnancia de este modo de discurrir, y pretender, en el particular de contemplar temporal la Vinculacion de la Doña Margarita, por solo el llamamiento de sus dos hijos, y descendientes de uno, aceptando la disposicion de Doña Isabel Calderin su hija, es mas que notoria, pues no hay cosa màs comun en la disposicion de Derecho, para que no es necessaria la multitud de AA. que el que, para que se tenga un Vinculo por perpetuo, no es preciso, que se diga con voces claras, que lo sea, ni que se pongan condiciones de Armas, Apellidos, y las demàs, que frequentemente se hallan en otras fundaciones, bastando solamente expresse el Fundador, quiere hacer Vinculo, para que se tenga la vinculacion por perpetua.

36. Fue este pensamiento de los muchos AA. que recopilò el Sr. Castill. *lib. 2. Controvers. cap.* 22. donde ad partes con la difusion, que acostumbra, tocò este punto, refutando algunos pocos AA. desde el *num.* 2. poniendo el primero caso el de esta especie: y en la sexta *num.* 57. se acerca aun mas, que es quando, despues de haver fundado un Mayorazgo, tan solamente llamò â sus hijos, y descendientes de estos, sin passar â hacer otras vocaciones, resolviendo con el Sr. Molin. *lib. 4. cap.* 4. con cuya opinion se conforma, que la Vinculacion es tan perpetua, que deben ser admitidos todos los parientes, aunque sean transversales in infinitum, *& ita concludit al num.* 75.

37. No se contentò con esto, pues en el *tom. 6. cap.*

143.

143. vuelve à tocar la miſma eſpecie, aunque por diſtinto modo, que es, quando ſin hacer expreſsion de Vinculo, ſe prohibe la enagenacion de ciertos bienes, nombrandoſe diferentes lineas, y llamando varios ſucceſſores de ellas, en que diverſifica eſte caſo del otro, ſobre que havia eſcrito en dicho *cap.22.* conſtituyendo diferencia entre fideicommiſſo à Vinculo, ò Mayorazgo, notando para el primero caſo, que en Eſpaña es regular, que los fideicommiſſos ſean temporales, y que por conſiguiente en el ultimo de los llamados quedan los bienes libres, para que eſte pueda diſponer de ellos à ſu arbitrio, ſiendo lo contrario en los Vinculos, ò Mayorazgos, que por ſu naturaleza practica, y coſtũbre inveterada ſon perpetuos, por cuya razon en eſte *cap.* 143. firma por la temporalidad, porque era fideicommiſſo; pero advierte al *num.* 19. ſe tenga preſente, lo que fundò en di-cho *cap.22.* *in hæc verba.*

38. *Ex his credimus Ludovici Caſanate traditiones in conſ.36. ex num.21. cum ſeqq. temperandas quidem, & explicandas, ut quàmvis eædem non expreſſo verbo majaratus, aut vinculi :::: Attamen cùm verbum vinculi expreſſum eſſet, aliter dicendum, & ſucceſsionem inducit perpetuam, etiam ultra perſonas nominatas juxta ſuperiùs dicta, & ea, quæ dicto cap. 22. lib. 2. longa ſerie annotavi.* En cuyos terminos ſe deben entender todos los AA. que firmaron contra la perpetuidad, porque hablan en los de fideicommiſſo familiar, en que ſe atienden ſolo las perſonas contempladas, y en los miſmos es el caſo decidido, que trahe Gom. Vayo *in Praxi lib.2.p.3.q.6.* explicandolo muy bien Azeved. *in conſ.* 18. *per totum,* donde hablò expreſſamente de eſtos fideicommiſſos. Y aunque Angulo *de Meliorationib. in leg.* 11. *gloſ.* 11. *à n.4. uſque ad 9.* hablando en Mayorazgos, lleva la libertad en el ultimo Poſſeedor, lo impugna fuertemente D. Caſtill. *dict. cap.* 143. *num.* 16.

39. Y por ſi acaſo ſe inſiſtieſſe por D. Balthaſar (como lo hizo al principio) en que la Teſtadora usò ſolo el nombre de Vinculo, y no de Mayorazgo, ſe deberà hacer cargo, de que eſtas ſon dos voces; pero la ſubſtancia, y ſignificacion es una miſma, ſin diferencia alguna, como es notorio en Derecho, y comun ſentir de todos, los que eſcribieron ſobre Mayorazgos, y como tal la lleva D. Caſtill.

dict.

dict. cap. 143. *num.* 19. & 20. con los muchos, que cita, refiriendose à dicho *cap.*22.

40. Y para que no quede duda, por la mucha, que se encuentra en esta materia, sobre la perpetuidad del Vinculo, quando no hay otras vocaciones, y acercandonos mas à la dificultad, aun en terminos de Mayorazgos, non abs re erit tocarla de proposito, haciendonos cargo de lo mucho, que hay escrito en esta materia, todo à el fin de concordar las opiniones de los AA. teniendo presente, que los que firman, que acabadas las vocaciones, lo quedò la vinculacion, de cuyo dictamen fue el Sr. Gregor. Lop. *in leg.* 2. *tit.* 13. *p.* 2. *verbo*: *El mas propinquo*, con los demàs, que le citaron, ò le siguieron, como son Azeved. *cons.* 2. *num.* 59. Pedro Barbos. *in leg. Si constante, in principio num.* 53. *ff. Solut. matrim.* con otros, queriendo, que si uno hace Mayorazgo en su hija mayor, y en su defecto en otro hijo, ù descendientes, que muriendo estos, espire el Mayorazgo, y que no se admitan los transversales, por quedar los bienes libres.

41. Para inteligencia de esta question, y verdadera resolucion, es preciso se distingan tres casos: El primero, quando el Mayorazgo se fundò con el fin de conservar los bienes unidos, siendo esto lo principal de la intencion del Fundador, passando despues à hacer las vocaciones. El segundo, quando al tiempo de fundarse se terminò la voluntad à las personas nombradas principaliter, y respecto de ellas se hizo la fundacion. El tercero, y ultimo, quando fue en favor de cierto matrimonio para los hijos, y descendientes, que procediessen de èl.

42. De estos tres casos no hay duda, que en el segundo, y tercero, acabadas las vocaciones, se acabò por consiguiente el Mayorazgo, sin que tengan derecho à succeder los transversales, quedandose los bienes libres, de los que como tales puede disponer el ultimo Posseedor; pero quando lo principal de la intencion del Fundador fue hacer vinculacion, procurando, que los bienes se conservassen unidos, poniendo à este fin todas las demàs clausulas regulares, y despues (como secundariamente) passàre à hacer las vocaciones, aunque no huviesse hecho mas que una, y esta faltasse, durà el Vinculo, y deben ser admitidos à la succession los transversales.

43. De

43. De esta distincion se hizo cargo Pegas, hablando en los terminos presentes *in tract. de Inclus. cap. 5.* y haciendose cargo al *num.* 38. de lo dudoso de esta question, por la opinion del Sr. Gregor. Lop. concluye en el mismo *num* satis ad nostrum intentum, per hæc verba: *In qua regulariter distinguendum esse dico, inter eum casum, in quo majoratus instituitur ad certum, & determinatum matrimonium, & ad illius filios, & descendentes tantummodò, & inter eum casum, in quo ad successionem majoratus vocantur certæ personæ, & in earum defectum nihil providetur, & inter eum casum, in quo instituitur majoratus in filio, aut consanguineo, & Institutor profitetur, facere majoratum, & quòd per eorum regulas, & naturam succedatur, aut indefinitè asserat, facere voluisse majoratum, & quòd in bonis succedatur per viam illius, & ultra primam vocationem ad alias non progreditur, aut nullam vocationem fecit, sed profitetur facere, & erigere majoratum. Ita ut sensus sit, quòd in primo, & secundo casu non succedant transversales; sed tantummodò filii, & descendentes, & personæ vocatæ :::: At verò in tertio casu procedit opinio Molin. & alior. de quibus suprà, ut ibi diximus.*

44. El lugar del Sr. Molin. à que se remite Pegas, es al *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 17. en el qual sus Addentes en mas breves palabras dicen: *Aut verbum majoratus in initio dispositionis profertur, posteàque, vel plures, vel aliquæ particulares substitutiones subsequuntur, quo casu militat Auctoris ratio, & praxis inconcussa viget: aut Institutor incipit faciendo aliquas substitutionum voces, vel refert dispositionem ad aliquam certam, vel determinatam lineam, vel lineas, posteàque adjiciat in earum calce hoc verbum:* Hago Mayorazgo; *tunc ultra gradus præscriptos substitutio protrahi non debet,* citando otros en comprobacion de su opinion.

45. Con lo qual queda evacuada la mucha duda de los AA. como quiera, que quando se funda Mayorazgo al principio, la naturaleza de este es perpetua, y de la misma forma, quando comenzandose por las vocaciones ultrà non progreditur, es temporal, proporcionandose los terminos de la *ley Pater filiæ. ff. de Serv. leg. Ne, quod affectu filiæ datum est, hoc ad exteros, & ejus hæredes transire videatur, quia non refert, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur,*

46. Confirma todo este discurso Aguila, ad Roxas

1.p. cap. 2. num. 38. diciendo: *Quòd quando majoratus simpliciter instituitur, & posteà aliqui vocantur per speciales vocationes, majoratus non restringitur; quando autem aliquibus bona relinquuntur, ut possideant bona indissolubilia, & inalienbilia, etiam sub nomine vinculi, aut majoratus, tunc vocatio specialis per generale verbum majoratus non ampliatur*, citando diferentes AA. y remitiendose à Matute *disquis.* 12.

47. Y aplicando todas estas doctrinas à la disposicion de Doña Margarita por la inspeccion de ella, su determinada voluntad, y principal intencion fue hacer Mayorazgo con las voces de DEXO AVINCULADO, Y AGREGADO EL TERCIO, Y QUINTO, y que se conserven los bienes en ambas familias. Y despues, que explicò esta voluntad, passò à hacer las vocaciones de sus dos hijos, y descendientes del uno, porque el otro era Presbytero: y aunque no hizo otras substituciones de personas, y lineas especiales, para que, contemplada como unica vinculacion, se tuviesse por perpetua, no se necessitaba de otra cosa; pero como hizo la agregacion, siguiendo las hechas por el Racionero su cuñado, y en este caso està el Menor especialmente llamado, porque lo fue su Padre, y toda su descendencia; à no haver dudado esto dicho Don Balthasar, eran ociosas todas las doctrinas, que se han trahido, y solo sirven de convencerle mas los discursos, que ha querido formar.

REFLEXION III.

SOBRE QUE DOñA ISABEL CALDERIN NO PUDO revocar la mejora de tercio, y quinto, que hizo Doña Margarita su Madre.

48. EX hucusque dictis resulta claramente, que, yà por la agregacion, que se hizo al Vinculo del Racionero, y yà por la voluntad de Doña Margarita (aun contemplada como independente, como se pretende por Don Balthasar) es perpetuo; pero ahora debe tenerse presente, que el otro termino, de que Don Balthasar se vale, de ponderar la revocacion, que del tercio hizo Doña Isabel Calderin, fundando el Patronato: y en lo que con-

consiste su derecho, como està dicho, es de advertir, que de esta variedad de medios se arguye la poca, ô ninguna firmeza, que tiene la justicia, con que ha venido al Pleyto; y debiera hacerse cargo, de que, aunque es regular, y sabido, que en la legitima, qual es el tercio, no puede ponerse gravamen *ad leg. Quoniam in prioribus. C. de inof. test.* con cuya ley, y otras sus concordantes fundò su opinion D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 3. per totum.* Però al *num. 7.* con la glosa de sus Addentes se limita siempre, que el hijo consintiesse expressamente en el gravamen, y mucho mas quando se le dexa en recompensa, ô legado, que se le haga, ô quinto, que se le agregue; en cuyo caso basta el consentimiento tacito, ex Roxas *de incompatib. 1. part. cap. 13. signanter num. 28.* final, con los que este cita; todo lo qual milita en el caso presente, pues el tercio con el quinto, de que se fundò el Vinculo, perteneciendo la mitad â Don Joseph Calderin Presbitero hijo de la Fundadora, este consintiò el gravamen, y muriò baxo de esta voluntad, segun tambien consta del Pleyto, sin que ni aun conste, quedasse por heredera la Doña Isabel de dicho su hermano.

49. Y que esta, apropriandose todo el tercio, siendo ambos hermanos unos formales Fundadores, mediante el referido consentimiento, no pudiesse revocar al tiempo de su muerte, lo que hasta entonces tenia aprobado por el consentimiento tacito, que es el suficiente, siendo esto, en lo que debiò parar la consideracion el Don Balthasar, para no tener por valida, y subsistente (como pretende) la disposicion ultima de la Doña Isabel, â quien se le niegan las facultades de poder revocar la dicha Vinculacion.

50. Y aunque se puede replicar, conque por lo mismo, que se le contempla Fundadora, y dueña del tercio, pudo revocar la Vinculacion del Patronato, en que fue llamada la muger de el Don Balthasar, mediante, que por la ley 17 de Toro junto con la 44. està concedida la revocacion â excepcion de los tres casos de darse la possession de los bienes: De entregarse el instrumento coram Notario: O de ser por causa onerosa de matrimonio, de que latamente escribiò D. Molin. *de primog. lib. 4. cap. 2. à num. 3.* y despues Roxas *de incompatib. 1. part. cap. 3. à num. 22.* que nada de esto concurriò en la fundacion de la Doña Margarita,

â cuya voluntad se sujetò su hija Doña Isabel, que causò una verdadera aprobacion; sin embargo de todo esto quedò tan firme esta voluntad, y tan subsistente el Vinculo de tercio, y quinto, que, aun quando todo el tercio huviesse recaìdo en la Doña Isabel, sin que huviesse havido tal Don Joseph Calderin su hermano, que era interessado en la mitad, no pudo revocarlo por la disposicion testamentaria, de que Don Balthasar se vale, para succeder en el Patronato por cabeza de su muger.

51. Si los unicos medios de hacerse irrevocable un Vinculo de tercio, y quinto, fueran los tres referidos, pudiera proceder menos mal la pretension del Don Balthasar, esto, contemplada la dicha Doña Isabel como successora en el Vinculo, que del tercio, y quinto de sus bienes havia fundado su Madre Doña Margarita; y de ser esto assi, no se hallàra, como se halla en la disposicion de Derecho caso, en que el hijo, en cuya cabeza se fundò Vinculo de tercio, y quinto, y en que consintiò tacita, ô expressamente; no pueda revocar semejante disposicion, haciendo libres los bienes de la mejora.

52. El Texto Capital para la materia es la ley *Donationes 25. C. de donat. inter. Vir. & Uxor. Ubi specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eædem donationes confirmatæ sunt*; con cuyo Texto D. Molin. *lib.2. de primog. cap. 3. num. 7.* protulit in hæc verba: *Tertius casus, ubi etiam valebit primogenii institutio in legitima absque facultate regia est, quando filius expressè consentit gravamini, & approbat ex propria, atque spontanea voluntate Majoratum à Patre institutum, & onus, ac conditionem sibi appositam: Ex hoc enim Majoratus firmus remanebit, nec filius poterit illum impugnare; etiam si in hujusmodi consensu juramentum non intervenerit:* Explicando sus Addentes mas este consentimiento, que se requiere expresso, haviendo gravamen sin condonacion, y que basta tacito: *Quando aliquid à Patre relinquitur in recompensationem gravaminis*: como succediò en nuestro caso, en que se dexò el quinto, ad quod conducit Roxas *dicta 1. part. cap. 13. n. 28. final.*

53. Esta opinion es tan segura, que si el Padre de los bienes, ô caudal materno del hijo hiciere Mayorazgo, *& hoc filius acceptaverit, non poterit posteà talis filius revocare hunc consensum, & facere bona libera; sed vincula servare tenetur,*

eo

eò modo, ac si Pater de propriis bonis fecisset Majoratum, & non potest hunc actum filius impugnare, aut retrocedere; como latissimamente lo fundò Mieres *de Major. 1. part. quæst. 23. signanter al num.* 61. remitiendose, â lo que despues dixo en la *quest.* 55.

54. Y en el caso, en que escribiò el Sr. Larr. *decis.* 57. trahe determinacion de la Real Chancilleria de Granada, cuyas palabras *num. 2.* son: *Sed tamen noster Senatus pro irrevocabilitate decrevit in Majoratibus tertii, & quinti, quando ex filiorum consensu instituti.* Y exornando esta decision aprueba su justicia, con que, como quiera, que conste, que el hijo consintiò en el gravamen, se considera el Mayorazgo perfecto, ô desde el dia de la disposicion, si â èl se retrotrahe el consentimiento, ô desde el tiempo, en que este intervino, citando muchos AA. en mayor comprobacion, assi de la decision del Senado, como de su opinion. Y siendo, como es cierto, que despues de hecha la fundacion, y muerta la Doña Margarita, le constò muy bien de la vinculacion, en que entrò su hermano Don Joseph, por cuya muerte succediò en ella, y lo que es mas, que en su testamento hizo especial mencion, *ut dictum est suprà*, es visto, que contra este hecho tan notorio no pudo hacer la revocacion, no apreciando, que los frutos del quinto los havia percibido, como vinculados, y posseido todo el Vinculo, como agregado al del Racionero.

55. Solo pudiera en algun modo admitirse la revocacion de Doña Isabel, quando al fundar el Patronato, al tiempo de testar, huviesse expressado, que ignorò la agregacion, que havia hecho su Madre del tercio, y quinto de sus bienes; però no fue esto, lo que explicò en la clausula de su Testamento; sino que, haciendo especial mencion de esta agregacion, y no contradiciendo el goze, que havia tenido del tercio, y remaniente del quinto en todo el tiempo de su vida, procediò à la expressa revocacion, de lo que havia hecho su Madre, diciendo, no haverlo podido executar, y ciertamente, que esto no lo pudo hacer, para lo que es puntual, lo que dice Don Joseph Maldonado y Pardo, otro de los Addicionadores del Sr. Molin. *lib. 2. cap. 13. num. 7.* tomandolo de Don Francisco Merlino *Controvers. Forens. center. 2. cap. 48. à num. 2.* diciendo al *num. 7. Quòd consensus filii in gravamine, imposito à Patre in*

legi-

legitima, inducitur ex usu testamenti cum notitia talis gravaminis, en tanto grado que, *quando talis consensus per actus diversos explicitus adest, nepotes non possunt conquæri de gravamine imposito ab Avo.* A lo que conduce D. Larr. *in dict. decis.* 57. *num.* 3. *circa finem.* Y bastando el goze del Vinculo por todo el tiempo de su vida, y que, al de testar, hizo expressa mencion de la agregacion, que havia hecho su Madre, no queda duda, en que, para haverlo impugnado, le obstò su mismo consentimiento, ut ex superiùs dictis satìs manifestè constat.

56. Yà queda solo tocado, que los hijos de Doña Margarita, por el consentimiento en el gravamen, inducido por el goze, y yà por la condonacion del quinto, fueron unos Fundadores, como es comun sentir de los AA. con la distincion notoria, que dàn, los que repitiò D. Salg. *in Labyr.* 2. *part. cap.* 16. *per totum, & præcipuè à num.* 24. *& seqq.* en que lleva, que entonces es la Madre, ò Padre el Fundador, quando, para poner el gravamen en la legitima, le dàn su consentimiento los hijos, antes de haver muerto los Padres, y aceptado su herencia, y que esto lo pueden hacer, aunque sea en perjuicio de sus acreedores; porque pueden privarse de adquirir. Siendo el otro caso, quando, despues de haver aceptado la herencia, consintieron en el gravamen; que entonces, como verdaderos Dueños, que vincularon, lo que yà era perfectamente suyo, se tienen por Fundadores, de cuya opinion es Noguer. y los demàs citados por Pegas *de Majoratu, dicto cap.* 3. *num.* 37.

57. Conque, considerandose qualquiera de estos dos casos, si Don Balthasar no quiere seguir el medio, de que la unica Vinculante, y Agregante fuesse la Doña Margarita, consintiendolo sus hijos, antes de aceptar su herencia; en cuyo caso no pudieran revocarla, ut probatum manet; sino que el consentimiento fue despues de ser yà herederos, gozando los bienes, como vinculados, y agregados, como de hecho los gozaron, havrà de confessar en este segundo caso, que ningun derecho le assiste à su muger.

58. La razon de esto consiste, en que, siendo nula la revocacion de Doña Isabel, por no poder contravenir à su proprio hecho continuamente consentido, resulta no haver Patronato; pero sì vinculacion de tercio, y quinto, como agregada al Vinculo de su Tio el Racionero, obrando

eſte efecto el conſentimiento de ambos hermanos, por el goze de todos los bienes aplicados à la mejora, y no haver hecho en ſu vida reclamacion alguna, conſtandoles muy bien de la voluntad de ſu Madre, confirmando eſte penſamiento la doctrina de Mieres *de Majorat. 1. part. quæſt. 55. ubi num. 68.* dicit: *Quòd licèt Teſtatori permittatur revocare legatum, vel fideicommiſſum, ſi aliquis acceptavit, non poſsit revocare conſenſum, ſi aliquod onus erat injunctum,* con los AA. con que lo comprueba: y por conſiguiente, que en fuerza de la agregacion, toca à el Menor el Vinculo, por hallarſe deſcendiente, como hijo de Don Juan Hueſterlin tercero llamado.

59. Aun ſe prueba eſto mas, conque contemplada à la Doña Iſabel por Fundadora del Vinculo en el tercio, ninguna obligacion tenia de llamar à ſus tranſverſales, ni eſtos tienen derecho de ſucceder; porque la neceſsidad de ſer llamados, ſolo puede militar, quando el Vinculante tiene hijos, cuya legitima ſe grave, que ſon los terminos, en que habla la *ley 27. de Toro,* por lo qual pudo la Doña Iſabel, conſintiendo en la diſpoſicion de ſu Madre, fundar el Vinculo de el tercio, y agregarlo al de el Racionero ſu Tio, aun quando el Menor fueſſe totalmente extraño; y por lo miſmo, debiendo ſucceder, excluyera à la mùger de Don Balthaſar, que era parienta, aunque tranſverſal, de la Doña Margarita, y de ſus hijos, los que ninguna obligacion tuvieron, de arreglarſe à los llamamientos de dicha *ley 27. de Toro,* como pudiera decirſe, teniendoſe à la Doña Margarita por unica Fundadora.

60. Eſte diſcurſo ſe ha tocado, no por que lo haya hecho Don Balthaſar, ni pretendido la ſucceſsion por eſte medio, ſiendo el que unicamente ha ſeguido, que teniendoſe por Fundadora la Doña Margarita, no pudo eſta pretermitir el llamiento preſcripto por la dicha *ley 27. de Toro,* en que à falta de deſcendientes, y aſcendientes, deben ſer llamados los tranſverſales, como la dicha Doña Roſa ſu muger, por la razon de ſobrina de la Doña Margarita, y prima hermana de la Doña Iſabel, ſiendo en eſto, en lo que pone ſu mayor conſideracion.

REFLEXION IV.

SOBRE QUE EL LLAMAMIENTO DEL MENOR NO se opone à lo dispuesto por la ley veinte y siete de Toro.

61. ESTE medio, que es, el que se sigue por Don Balthasar, padece en su aplicacion la mayor dificultad, consistiendo su ponderacion, en q̃ en tanto Doña Margarita pudo hacer validamente la agregacion de su tercio, y quinto al Mayorazgo, ô Vinculo del Racionero su cuñado, en quanto se huviesse conformado con el thenor de la dicha *ley 27. de Toro*, llamando primero â sus descendientes, y despues â los ascendientes, y ultimamente â los transversales, y que hallandose Doña Rosa su muger sobrina de la Fundadora, siempre que â esta se le prive de el derecho de succeder, por no haver quien le compita en su grado de parentesco, se le hace injusticia, en privarle de este Vinculo, que contra ley no pudo agregarse, quando en la succession ab intestato debiera ser preferida.

62. Para que este discurso pudiera correr, era preciso ajustasse, que, siendo parienta la Doña Rosa de la Fundadora, no concurriesse con otro pariente tambien suyo, qual lo es el Menor, que se halla en grado de hijo de primo segundo, que fue llamado, y su linea por el Racionero, en cuyo caso, si la ley pusiera la precision, de que entre colaterales se havia de llamar al mas proximo, de calidad que fuera nula la disposicion hecha en otra forma, se procediera menos mal; pero como quiera, que esto repugna â la disposicion de la ley, y â su mente, procede arreglada la pretension del Menor.

63. Para mejor inteligencia de este punto, se hace preciso proceder con la comun opinion de los AA. que se hacen cargo de explicar dicha *ley 27. de Toro*, para que prescriben cinco grados de substituciones: de descendientes legitimos, de ilegitimos, de ascendientes, de colaterales, y de extraños, y que, aunque qualquiera de estos grados se distinga, y divida en otros muchos, y personas, sin embargo entre ellos no se observa orden alguno de proximidad, quedando reservado al arbitrio del Disponente, te-

nien-

niendose presente, no haver transito de un grado à otro, de los que expressa la ley, haviendo sugetos del precedente grado, que puedan succeder, *& in hoc consistit totus ordo legis*, dice Angulo *de meliorat. in glos. 4. leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recop.* concordante con dicha *ley 27. de Toro*, cuyo lugar transcribe D. Castil. *lib. 5. controvers. cap. 98. num. 17.*

64. En este supuesto, como incontrovertible, entra disputandose, como han de ser estas vocaciones, y si estè obligado el Fundador, despues de acabadas las lineas de descendientes, y ascendientes, â llamar â los consanguineos; en que comunmente se resuelve deber ser llamados, sin embargo de no faltar, quien dificulte, si sea voluntaria, ô precisa esta obligacion por la palabra *PUEDAN*, que se halla en la ley, segun tocaron Velasquez de Avendaño, y Tello Fernandez glosandola: Pero en lo que no hay duda es, en que no està obligado â guardar la proximidad en la vocacion de parientes, como ni en la de descendientes.

65. Los textos capitales para el assumpto son la *ley Unum ex fam. 69. §. Si de falsidia, ff. de Leg. 2. Leg. Filius fam. 117. §. Cùm Pater, ff. de Leg. 1.* Con cuyos textos entran los AA. fundando esta opinion, siendo el primero Mieres *de Majorat. 1. part. quæst. 72.* diciendo al *num. 10. Ex quibus infero novam, & singularem limitationem ad legem 27. Tauri in illis verbis: Entre sus parientes; nam parentes non necessitantur in illo casu eligere proximiores*: con que se conforma Azeved. glossando la dicha *ley 11. tit. 6. lib. 5.* diciendo, que *non tenetur gradatim meliorationem faciens, vocare proximiores consanguineos; sed quòd potest priùs vocare remotiores.* Gut. *lib. 2. Practic. quæst. 67. num. 4.* y con estos AA. y textos lleva lo mismo Angulo *glos. 9. dictæ legis 11. tit. 6. lib. 5. à principio.*

66. Es tan cierta esta doctrina, que aun procede en terminos mas estrechos, pues en la primera substitucion de dicha *ley 27. de Toro*, que habla de los descendientes, es comun sentir de los AA. no deberse observar entre ellos precisamente el orden de la proximidad; sino que pueden ser llamados por el Fundador los mas remotos dentro de la misma linea de los descendientes, sin embargo, que haya otros mas proximos, ut fundat Tell. Fernandez *in dict. leg. 27. num. 4.* ibi: *Con tanto, que los hagan entre sus descendientes, intellige, cujuscumque gradus sint, nulla majoris proximita-*

tis

tis habita distinctione, sic & quemadmodum, melioratio cadit in nepotem, vel pronepotem, etiam filiis primi gradus in medio existentibus, ex leg. 18. suprà, ita in substitutionibus dicendum est.

67. Matienzo *in dict. leg. 11. tit. 6. lib. 5. glos. 4. num. 2.* funda lo mismo. Y al *num.* 4. añade, que tampoco tiene obligacion el Mejorante *substitutionem facere proximiori ex descendentibus, vel ei, qui successurus erat ab intestato, ut si melioratus habeat fratres utrinque conjunctos, & uterinos, vel consanguineos tantùm, poterit siquidem Pater substituere meliorato unum ex consanguineis fratribus, omissis utrinque conjunctis, solùm enim lex nostra exigit, quòd substitutus sit de descendentibus; non autem coarctat Patrem substitutionem facere respectu gradus; sed tantùm respectu qualitatis, quòd sint descendentes.* Azeved. *in ipsam leg.* lleva lo mismo al *num.* 36. & sequitur Gutierr. *dict. quæst.* 67. *num.* 4. *lib.* 2. *Practicar.* D. Castil. *Controvers. lib.* 5. *cap.* 98. *num.* 4. y ultimamente Angulo *de Meliorationib. glos.* 5. *legis* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. in principio,* ibi: *Entre sus descendientes; Poterit ergo substituere, quos voluerit non habita ratione majoris proximitatis, cùm nec in ipso melioratu hæc proximitas consideretur.*

68. De forma, que todos los AA. entienden aquella voz general: *Entre sus descendientes,* en los terminos, de que no necessite el Fundador llamar al mas propinquo, al modo que tampoco la mejora debiera hacerse à uno de los hijos, bastando fuesse en uno de los nietos, bisnietos, ù otros descendientes *ex leg.* 2. *eod. tit.* 6. *& lib.* 5. *Recop.* concordante con la 18. *de Toro,* y quando el rigor pudiera mejor guardarse para con los hijos, que son los gravados en la legitima, estando dispuesta la libre facultad en sus Padres en preferirlos, y à otro descendiente mas remoto, idem à majoritate rationis entienden los AA. de quibus suprà proximè aquella voz general: *Entre sus parientes;* porque no siendo estos perjudicados en su legitima, ninguno puede quexarse, de què sea preterido, quando fue llamado uno de la familia, que fue, lo què dispuso la ley, sin expressar fuesse el mas cercano.

69. De este discurso nace otra prueba no menos eficaz sobre nuestro assumpto, y mayor comprobacion de las antecedentes doctrinas, porque si la obligacion, què tienen los Padres *ex leg.* 27. *Taur.* se reduce, à que hagan las substituciones despues de sus descendientes, y as-

cen-

cendientes, ô en sus parientes, sin expressar sean estos los mas cercanos, la misma disposicion hecha en esta forma; dà libertad para elegir el Mejorante, al que le pareciere, aunque sea mas remoto. Assi lo fundò latissimamente, exornandolo con la doctrina de muchos Auctores, y otros fundamentos, Mieres *dict. quæst.* 72. donde pregunta: Si el que tiene facultad de elegir algun consanguineo, para que goze un Mayorazgo, ô Vinculo, deberà elegir â el mas propinquo, ô tendrà facultad, para nombrar â el mas remoto? *Dummodò sit ex consanguinitate, familia, vel agnatione.*

70. Y tocando todo quanto pudiera traherse en contra, resolviendo al *num.* 2. ibi: *Veriùs esse existimo, posse Commissarium, cui talis electio data fuit, eligere unum de consanguinitate, vel parentela remotiorem, licèt alii proximiores non deficiant,* citando las leyes *Unum ex familia, §. Si de falsidia, ff. de legat.* 2. *leg. Filius familias, §. Cùm Pater, ff. de leg.* 1. con mas de veinte Auctores, con los que exorna esta opinion, explicandola al *num.* 3. con la de Caldas Pereira, diciendo, que entonces procede, *quando quis est gravatus restituere uni de familia; non quando est vocatus proximior*, siendo muy del caso la doctrina de Baldo *in cap.* 1. *§. Decedente, columna ultima, qui feudum dare possunt, ubi, quod si actum sit, quòd masculis deficientibus, feudum vadat ad unam fœminam, & existant plures fœminæ, Dominus non tenetur dare feudum primogenitæ, sed potest gratificare, cui voluerit,* exornando esta opinion hasta el *num.* 10.

71. Y llegando â tocar la limitacion, que antes notamos, para que en virtud de la *ley* 27. *de Toro*, no tenga obligacion el Padre de substituir â el pariente mas cercano, aunque no cita â Gutierrez *lib.* 2. *Pract. quæst.* 67. *num.* 3. lleva lo mismo: y tambien mas en terminos Gama *decis.* 59. *num.* 8. ibi: *Administrationis istius constitutio habet, ut illa permaneat in una persona ex genere constituentis: ergo uni ex his de familia relinquendo satisfactum est jussui Testatoris*; de lo qual se infiere la libertad, que tiene el gravado â mantener los bienes entre sus parientes; para elegir entre ellos, el que quisiere, sin limitacion de grado, ni otra cosa alguna; y por la misma regla la tiene el Mejorante, en virtud de dicha ley, para preferir al mas cercano, quando por ella misma no se previno.

72. De lo fundado hasta aquì resulta, no ser aplica-

 ble

ble al caso de este Pleyto la doctrina comun de los Auctores, sobre que en los Mayorazgos, por lo regular, se succede, segun el orden prefinido para las succesiones ab intestato, prefiriendose los agnados, y aquellos, que descienden, por provenir de donde son los bienes, en que se ha de succeder; porque todo esto, que es comun sentir, de los que escribieron sobre Mayorazgos, no se niega tenga su certeza en el caso, que le corresponde, que es, quando no hay expressa voluntad de los Fundadores en contrario, que es, la que siempre debe observarse, aun contra la expressa disposicion de Derecho, porque esta se entiende, quando falta la de los Fundadores.

73. Esto es tan notorio, que se prueba de las palabras finales de la *ley 40. de Toro*, ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta, por el que primeramente instituyò, y ordenò el Mayorazgo, que en tal caso mandamos se guarde la voluntad, del que lo instituyò.* Hallandose lo mismo en la *ley 45. de Toro*, ibi: *Que segun la disposicion del Mayorazgo debiere succeder en èl.* Y lo que es mas, que se dispone lo mismo en dicha *ley 27. de Toro*, ibi: *Puedan poner el gravamen, que quisieren ::: Substituciones, que quisieren :::: Por el tiempo, que el Testador declarare.*

74. De forma que, aunque quando los Fundadores de este Mayorazgo no huvieran passado, à llamar expressamente al Menor, en fuerza de la agregacion, que hicieron, quedadose su disposicion en la general de la dicha *ley 27.* sobre que â falta de descendientes, y ascendientes succeda el mas propinquo de los colaterales, ô transversales, qual se figura la muger de Don Balthasar, debieran estos gozar los bienes vinculados, como si fuera succesion ab intestato, mediante, que hay expressa disposicion en contra; no tiene lugar, lo que pretende dicho Don Balthasar, pues la que hicieron fue arreglada à las facultades, que tenian, llamando uno de los transversales, segun la comun inteligencia de dicha *ley 27. de Toro*, con la que se limita la regla general, de que se vale D. Balthasar.

75. Otro de los casos, en que tiene lugar la referida doctrina de la succesion ab intestato, es, quando, aunque los Fundadores passaron â hacer llamamientos, fueron estos nulos, por haverse preterido alguno de los grados de substituciones prevenidos en la dicha *ley 27. de Toro*: O que antes de haverse acabado los primeros, se hizo transi-

to

to â otros de los comprehendidos en ella, aun con posterior lugar; en cuyos dos casos se reduce la institucion â el orden de substituciones, que debiò guardarse, no anulandose en el todo la vinculacion, observandose el orden de la succesion ab intestato dentro de las respectivas lineas, esto por falta de llamamiento contrario, que sea legitimo, *ut latissimè post alios exornat, & sequitur* D. Castil. *lib. 2. Controv. cap. 7. & lib. 5. dict. cap. 98. per totum.*

76. De que se sigue, que entonces tendrà lugar, lo que D. Balthasar pretende, quando, siendo cierto estàn llamados los Tellos Bootellos à la succesion del Vinculo del Racionero, y que estos sean extraños, haya parientes de los Fundadores del Vinculo agregado, que puedan pretender mejor derecho, despues de acabada la linea de los descendientes de D. Juan Huesterlin Calderin y Cazares Padre del Menor.

77. Pero tampoco es de atencion, que, aunque fuesse cierto no sean parientes los Tellos Bootellos, estuviessen llamados â la succesion, para que antes de llegar el caso, de que quieran succeder, sea nula la agregacion: pues pudiendo esta verificarse mientras dure la descendencia de los Huesterlines Calderines, como parientes transversales, que son de la Doña Margarita, debe subsistir la agregacion ex vulgari regula *Utile per inutile non vitiatur*, que para fundamentar la subsistencia de la vinculacion de tercio, y quinto en el caso de haverse invertido el orden de las substituciones prevenidas en la dicha *ley* 27. *de* Toro, aunque se anulen los llamamientos indebidamente hechos, exornan los Auctores la referida regla, y se adapta muy biē â nuestro caso; con lo que cessa el argumento, q̄ por D. Balthasar se ha formado, con el motivo de ser llamados al Vinculo del Racionero los Tellos Bootellos, pudiendo estos ser parientes: y lo que es mas, q̄ no estàn llamados en el Codicilo, que es, à lo q̄ se debe estar, pues en èl solamente se llamò despues de la linea del Menor al pariente mas cercano.

78. Y que la alegacion sobre la succesion en los Mayorazgos en el orden, y forma de ab intestato, no proceda en los terminos, que tiene alegados Don Balthasar, en orden, à que la *ley del Reyno* hizo los llamamientos â manera de las succesiones ab intestato, es manifiesto de la misma *ley*, por la que se prefieren los hijos ilegitimos â los ascendientes, quando en la succesion ab intestato sucede

al

al contrario, que es, que en falta de hijos legitimos, ò descendientes ſucceden los aſcendientes, *ex leg. 6. Tauri*, no teniendo mas que la ſexta parte por via de alimentos, ut latè proſequitur Gom. *ad leg.* 10. *Taur.* con otros muchos, & eſt valde notum.

79. Tampoco es del caſo, lo que ſe alega, ſobre que los bienes, que ſe aplicaron â la mejora, fueron de la Madre de la Fundadora, con quien no tiene parenteſco el Menor: porque â mas de que, aunque eſta conſideracion tuviera algun lugar, ſerìa, quando concurrieſſen â heredar ab inteſtato hermanos conſanguineos con uterinos ſolamente, ô ſus hijos, ſobre que yà dexamos fundado, que de nada de eſto debe hacer conſideracion el Mejorante: porque en la *ley del Reyno* no ſe coarta al Padre haga las ſubſtituciones reſpectu gradus; ſed reſpectu qualitatis deſcendentium, aut collateralium, ut ſuprà cum Matienzo dicebamus *in gloſ.* 4. *l.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. num.*4.

80. Tambien concurre, que aunque los bienes de la mejora fueſſen de Doña Juana Bandebal, y que de ella vinieron â la Fundadora, lo cierto es, que ſu marido tenia longè mayor patrimonio, que eſta, de que ſe infiere no pudo tocarle tanto de la legitima de ſus Padres, que de los de la dicha Doña Juana Bandebal fundaſſe el Vinculo, y dexàra la legitima â ſus hijos; de forma, que aunque algunos de los bienes aplicados â la mejora fueſſen de la Doña Juana, fue caſualidad, y los que le tocaron â ſus hijos en pago de ſus legitimas, los adquiriò la Doña Margarita por la linea Paterna, y durante el matrimonio por via de gananciales, ſin que pueda obſtar, que Don Joſeph Calderin en fuerza de la eleccion, que hizo de los bienes, que le pareciò para el Vinculo, huvieſſe elegido algunos de los de Doña Juana Bandebal, por que en los demàs pudo verificarſe la voluntad de la Doña Margarita, y quedar agregados al Vinculo del Racionero.

81. Pero como todo eſto proceda en el ſupueſto de diſpoſicion ab inteſtato, que nada ſirve para nueſtro aſſunto, y no en el de que los Fundadores tienen libre facultad de nombrar â un tranſverſal, el que quiſieſſen, nada obſtaria, que los bienes fueſſen todos de la Doña Juana, pues como quiera, que deſpues paſſaròn â ſer proprios de Doña Margarita, haciendoſe legitima de ſus hijos, pudo

muy bien vincularlos en qualesquiera parientes, en falta de descendientes, y ascendientes, y haviendo con efecto llamado â la linea del Padre del Menor en fuerza de la dicha agregacion, cessa todo lo dispuesto en terminos de succession ab intestato, como si tal disposicion no huviera.

82. Es tal la fuerza de esta, y la diferencia, que causa â quando no la hay, que aun en terminos de succession de bienes libres, siempre que el Padre ex testamento heredò los bienes de alguno, ô algunos de sus hijos, como su legitima materna, no tiene obligacion â reservarlos para los demàs sus hijos de aquel primero matrimonio, porque se deben regular por del Padre, quien los huvo tanquàm quilibet extrâneus, â diferencia de quando la succession fue ab intestato, ut sunt jura vulgaria en Azevedo sobre la *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop. num.* 4. Matienzo, y otros. De que se infiere, que, no haviendo adquirido estos bienes la Doña Margarita por herencia ab intestato de alguno de sus hijos; sino que con el consentimiento de estos, quiso agregarlos al Vinculo del Racionero, importa nada, que fuessen de la Doña Juana Bandebal, y que de esta no fuesse pariente el Menor; porque no se està por termino alguno en el caso de haver de succeder los parientes de aquel, de quien vienen los bienes, y que no fue Fundador.

83. Suficientissimamente queda probado, no padecer nulidad alguna la disposicion de Doña Margarita, en no haver atendido â la muger de Don Balthasar, como parienta mas cercana, porque siempre que hizó la agregacion al Vinculo del Racionero, se halla fue nombrado el Padre del Menor su sobrino, en quien se verifica la razon de pariente transversal de la Doña Margarita, aun tomandose en todo su rigor la *ley* 27. *de Toro*, la que por este medio se halla cumplida, sin que obste la desigualdad en la mayor cercania de parentesco de la muger de D. Balthasar.

84. Conociendo este la certeza, assi de las doctrinas, que superabundantemente ha sido preciso explicar, y lo que de su aplicacion se lleva discurrido, hace recurso, quando no â negar totalmente el parentesco de transversalidad con la Doña Margarita, al menos â ofuscarlo, ò debilitarlo, diciendo yà ser fuera del quarto grado; y para que no se dude, qual es, se harà demonstracion con arreglo al Arbol, para que ni aun en esto se pueda dudar.

85. Cons-

85. Conſtante es en el Pleyto, que la Agregante (Caſa num. 11.) fue hermana de Doña Maria Tello y Cazares, Madre de la muger de Don Balthaſar, por lo que eſta viene â ſer ſobrina de la Doña Margarita Agregante, y prima hermana de los hijos de eſta, que es lo miſmo, que decir hallarſe con la miſma en ſegundo con primero grado de conſanguinidad, y en ſegundo igual con ſus hijos, ſegun la cuenta Canonica, y por la Civil eſtà la muger de D. Balthaſar en tercero grado con la Agregante, y en quarto con ſus hijos.

86. Pero tampoco ſe dificulta, que la miſma Doña Margarita fue hija de Don Franciſco Tello de Cazares, (Caſa num. 7.) primo hermano de Doña Theodora Calderin, de Don Eſtevan, y del Racionero. (Caſa num. 4. 5. y 6.) por haver ſido eſtos tres hijos de Don Eſtevan Calderin y Cazares, (Caſa num. 2.) y el Franciſco Tello (dicha caſa num. 7.) hijo de Doña Maria de Cazares y Calderin, (Caſa num. 3.) ſiendo hijos enteros, y legitimos los dos Don Eſtevan, y Doña Maria de otro D. Franciſco Calderin. (Caſà num. 1.) De forma, que por eſta regla el Padre de la Fundadora, y los dichos Doña Theodora, Don Eſtevan, y el Racionero, â las referidas caſas num. 7. 4. 5. y 6. eſtaban en ſegundo grado igual de conſanguinidad por la cuenta Canonica, y por la Civil en quarto grado: De que ſe infiere, que eſte parenteſco tenia el Padre de la Fundadora con la dicha Doña Theodora Calderin, (Caſa num. 4.) que fue la Avuela del Menor.

87. Por eſta miſma regla venìa à eſtar la Doña Margarita Agregante en quinto grado con la Doña Theodora; en ſexto con ſu hijo Don Juan de Hueſterlin y Calderin; y en ſeptimo con el Menor, ſegun la cuenta Civil; y por la Canonica es el parenteſco con la Fundadora, y la dicha Doña Theodora Avuela del Menor en ſegundo con tercero grado de conſanguinidad, y en tercero igual con dicho Don Juan Hueſterlin (Caſa num. 8.) y en tercero con quarto de conſanguinidad el Menor (Caſa num. 12.) por haver ſido el dicho Don Juan ſu Padre primo ſegundo de la Agregante.

88. En eſtos terminos, que no ſe niegan, ni pudiera, mediante que la Agregante, para caſarſe con el dicho Don Eſtevan, neceſsitò de diſpenſa, delineando eſte miſmo pa-

rentefco para obtenerla, como es conftante en el Pleyto, por copia de los autos, que para ella fe formaron, no fe fabe, por que motivo fe haya de llamar extraño el Menor, y que no es pariente de la Fundadora, pues fi fe atiende â la cuenta Canonica, fe halla dentro del quarto grado, q̃ es lo baftante, para que fe llame pariente aun en terminos extra de Mayorazgos, y que folo haya prohibicion, *nè bona exeant de familia, ut eft notifsimum in jure*, y fe puede reconocer en los Auctores, que hablaron fobre el §. *Nos igitur in authent. de reftit. fideicommif.* q̃ es, â lo que aluden aquellas palabras finales de la *ley 27. de Toro*, ibi: *Mandamos, que valgan fiempre, ò por el tiempo, que el Teftador declarâre, fin hacer diferencia de quarta, ni quinta generacion*, para excluir huvieffen de confiderarfe precifamente los Mayorazgos, que fe fundan con arreglo â dicha ley, por lo q̃ eftà difpuefto en los fideicommiffos.

89. Pero aunque fe quiera formar el parentefco por la cuenta, y enumeracion de grados, que difpone el Derecho Civìl, y Regio, no fe encuentra el fundamento legitimo, que haya, para que al Menor fe le tenga por extraño, por que, aunque para la fuccefsion ab inteftato, quando havia la diferencia entre agnados, y cognados fuccedian eftos hafta el fexto grado, y aquellos hafta el decimo ex §. *fin. inftit. de fuccef. cognat. leg. 1. §. Hoc autem, ff. Unde cognati, leg. Non facilè, ff. de gradib.*

90. Efta diferencia fe quitò defpues por la *authent. de hæred. ab inteft. venient. §. Nullam verò, collat. 9.* en que afsi los agnados, como los cognados vienen â heredar ab inteftato ufque ad decimum gradum; con cuyos textos, y otros, y citando al Sr. Covarr. Matienz. Bart. y otros muchos infiere Ant. Gom. *ad leg. 8. Taur. num. 5. poft medium*, una nueva, y fingular declaracion â dicha *ley 27.* ibi: *Ubi dicitur, quòd filius melioratus poteft gravari in favorem aliorum filiorum: : & in defectum in favorem confanguineorum, & in defectum eorum in favorem extraneorum, confanguinei intelligantur ufque ad decimum gradum.* De forma, que entonces puede el Padre fubftituir los extraños, quando falten parientes dentro del decimo grado, porque hafta efte fe tienen por confanguineos: conque fi en la confideracion mas eftrecha el Menor fe halla en feptimo grado, no fe le puede dificultar la qualidad de pariente de la Doña Margarita, præmaximè, quando tanto fe defiende por Don Balthafar, que efta fuccefsion ha de

ser â manera,de como se succede ab intestato.

91. Pero como la voluntad de la Agregante fuesse no solamente,para poner el gravamen; sino de fundar Mayorazgo, aùn por esto es mas cierto, lo que llevamos fundado, por que siempre que esto se verifica,yà sean los transversales de descendientes del Fundador, yà lo sean unicamente transversales de este, y del ultimo posseedor, succeden in infinitum,ni se tienen por extraños;*ita sequitur* Ant. Gom. *loc. proximè cit. num. 6. per totum præcipuè* desde el ℣. *Sed certè in hoc tam subtili*,con la auctoridad de muchos,que cita *in hæc verba*: *sed mea opinio, & conclusio procedit, etiam si vocentur collaterales proximiores, & non vocentur in infinitum, sed simpliciter, quod summè nota, quia est subtilis articulus, & alibi non ita examinatus.*

92. De la misma opinion fueron Mantic. *de conject. lib.* 8. *tit.* 12. *num.* 37. *prope finem*, y latissimamente D. Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 7. *per totum, signanter à num.* 8. *& ibi* sus Addentes,y finalmente con muchos Doctissimus Alvar.Pegas *de Major. dict. cap.* 10. *à num.* 726. *& p. plurimos sequentes*; lo que no pudiera ser cierto, si no pudieran llamarse parientes in infinitum para la succession de los Mayorazgos,in quocumque gradu existant.

93. Todo esto, que considerado en abstracto favorece tanto al Menor, y sirve de respuesta, y convencimiento â todo,lo que en este particular se ha alegado por D.Balthasar,discurriendo era el mejor termino,que asseguraba su justicia, reducido al concreto de este Pleyto, no tiene la menor dificultad, pues todo lo hasta ahora discurrido ha sido,pretermitiendo la vocacion especial, que se hizo por el Racionero Fundador â Don Juan de Huesterlin, y â toda su descendencia, que, por ser el Menor su hijo, està sin la menor dificultad, ni litigio, gozando dicho Vinculo: porque mediante la agregacion, q̃ â èl hizo la Doña Margarita,tiene tambien de esta un llamamiento literal, y expresso,afianzado,con lo que và discurrido, y conque se limitan todas las reglas del ab intestato,y modo de la succession de los transversales,prefinido por la *ley* 27. *de Toro.*

94. Y de todo esto,lo que se deduce es,que aun tomado en todo rigor,lo que por D.Balthasar se discurre,y que se estuviera en los terminos estrechos del Derecho Comun de agnados,y cognados,con la precision,ò limitacion al sexto

gra-

grado de parenteſco, no le embarazàra al Menor eſtar en ſeptimo (aun quando fuera cognado, que no lo es; por ſer ſu parenteſco con el Padre de la Fundadora) porque eſte efecto obra la vocacion expreſſa de D. Juan de Hueſterlin ſu Padre; que ſin dificultad eſtà en el grado ſexto de parenteſco, mediante el qual hizo linea, y en cuyo lugar ſe puſo el Menor, ex Auctoribus, quos citat Pegas *de Major. dict. cap.* 10. *num.* 86. *prope finem.*

95. Es tan relevante eſta eſpecial vocacion, y ſubingreſsion del Menor en la linea de ſu Padre, eſpecialmente llamado por el Racionero, y â cuya voluntad ſe remitiò la Doña Margarita, que aunque la muger de D. Balthaſar, por ſobrina de eſta, y por eſto tranſverſal, quiſieſſe decirſe mas inmediata, concurriendo con el Menor, tambien tranſverſal, aunque mas remoto, le debe eſte preferir; porque â la muger de Don Balthaſar le falta la qualidad prelativa del llamamiento expreſſo, que concurre en el menor, al que ſin dificultad correſponde el derecho de la repreſentacion, que entre colaterales en un miſmo grado, ò en deſigual cercania debe preferir.

96. Es tan legitimo eſte diſcurſo, como comun en los AA. que hablaron ſobre la *ley* 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* concordante con la 40. *de Toro*, ſiendo la razon, porque ſiempre ſu diſpoſicion queda reſervada, â lo que voluntariamente quiſieſſe diſponer el Fundador, ſobre que ſon copioſas las doctrinas de dichos Auctores, que recopilò Pegas *dict. cap.* 10. *num.* 104. y con que quedaron corregidas todas las opiniones contrarias de los Auctores, que eſcribieron antes de promulgarſe dichas *leyes* 40. *de Toro*, y la 5. y la *fin. tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* que latamente explicò Guzman *verit.* 6. *per totam, ſignanter à num.* 11. *ad* 15.

97. Pero eſtrechando aun mas eſte punto, y poniendonos en los terminos, de que la *ley* 27. *de Toro* precisàra â llamar al tranſverſal mas proximo, y que por eſta razon, hallandoſe la muger de Don Balthaſar ſobrina de la Agregante, por hermana de Doña Maria Tello y Cazares ſu Madre, quiſiera ſer preferida; ſin embargo no debiera ſerlo, porque la mayor cercania no debe ſer preciſamente con la Fundadora; ſino con la ultima Poſſeedora, no olvidada la qualidad de la vocacion, y ſubingreſsion del Menor; en cuyo caſo, ſi la muger de Don Balthaſar eſtà

en

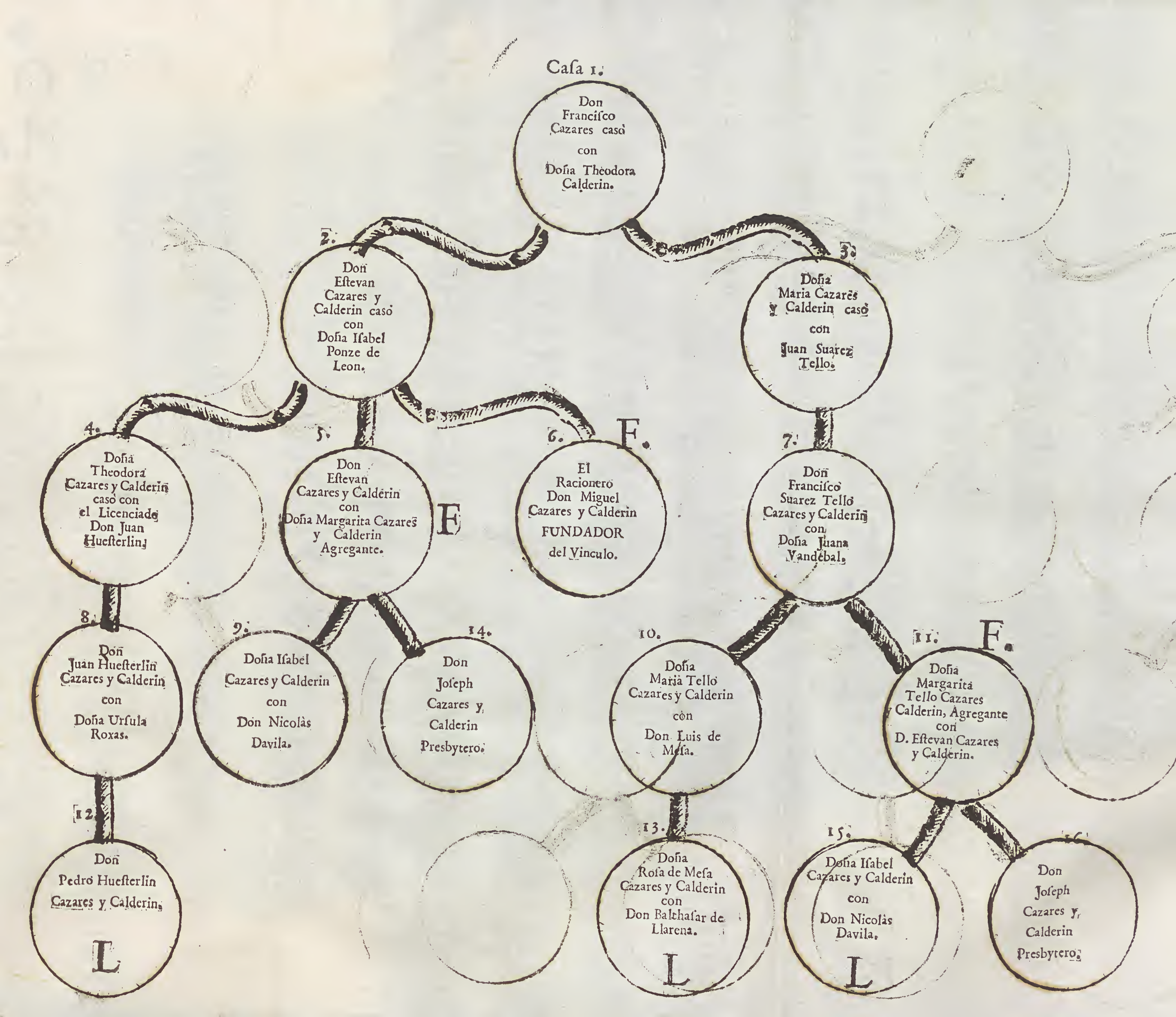
en grado de prima hermana de la ultima Posseedora, Don Juan Huesterlin Padre del Menor se halla en el mismo grado por la linea Paterna, y por la Materna Tio de dicha ultima Posseedora, como primo segundo de su Madre, que fue, la que hizo la agregacion, como queda expressado.

98. Esta proximidad, que deba ser con el ultimo Posseedor, es tan notorio en la disposicion de Derecho, que à mas del Sr. Molin. *lib. 3. cap. 9. al num. 11. y siguientes*, la llevaron otros muchos, que citan sus Addentes; los quales, refutando la opinion de otros, que quisieron llevar la contraria, concluyen, que *in Hispanorum primogeniis de hac nostra sententia minimè dubitari potest*; dando la razon, que consiste, en que en el Successor del Mayorazgo, como que comienza à posseer, y que se reputa por auctor, y cabeza de la linea, la hace tan propria suya, que excluye à los demàs: sentando por regla general esta doctrina Mieres *de Majoratib. 2. part. cap. 8. num.* 1. advirtiendo se debe entender, quando no hay voluntad del Fundador en contrario; porque de haverla, debe esta observarse.

99. De todo lo qual se sigue, que, hallandose el Menor en el grado, que và referido, aun debiera preferirse à la muger de Don Balthasar, quitando qualquiera duda la vocacion especial, que se hizo en su Padre, y toda su linea, assi por el Racionero Instituidor del Vinculo, que hoy possee, como por la Doña Margarita Agregante baxo de las mismas reglas, con que hizo la agregacion, no siendo despreciable su duplicado Vinculo de parentesco por linea Paterna, y Materna, que no està negado por Don Balthasar; antes si totalmente pretermitido en todas las alegaciones, que se han hecho en el Pleyto.

100. Ex quibus resulta ser por todos terminos clara la justicia del Menor, para la confirmacion, que pretende de la sentencia de la Real Audiencia de Canaria. Salva in omnibus T. S. S. D. C. cujus sub auspiciis hæc libentissimè cedimus. Hispali postridie Kalendas Maji anno Domini 1745.

Lic. D. Juan Joseph de Padilla Velazquez.


Casa 1.
Don Francisco Cazares casó con Doña Theodora Calderin.
2.
Don Estevan Cazares y Calderin casó con Doña Isabel Ponze de Leon.
3.
Doña Maria Cazares y Calderin casó con Juan Suarez Tello.
4.
Doña Theodora Cazares y Calderin casó con el Licenciado Don Juan Huesterlin.
5.
Don Estevan Cazares y Calderin con Doña Margarita Cazares y Calderin Agregante.
F
6.
F.
El Racionero Don Miguel Cazares y Calderin FUNDADOR del Vinculo.
7.
Don Francisco Suarez Tello Cazares y Calderin con Doña Juana Vandebal.
8.
Don Juan Huesterlin Cazares y Calderin con Doña Ursula Roxas.
9.
Doña Isabel Cazares y Calderin con Don Nicolàs Davila.
14.
Don Joseph Cazares y Calderin Presbytero.
10.
Doña Maria Tello Cazares y Calderin con Don Luis de Mesa.
11.
F.
Doña Margarita Tello Cazares Calderin, Agregante con D. Estevan Cazares y Calderin.
12.
Don Pedro Huesterlin Cazares y Calderin.
L
13.
Doña Rosa de Mesa Cazares y Calderin con Don Balthasar de Llarena.
L
15.
Doña Isabel Cazares y Calderin con Don Nicolàs Davila.
L
16
Don Joseph Cazares y Calderin Presbytero.

